

University of Groningen

Jurisprudentie internationaal en Europees socialezekerheidsrecht

Vonk, G.J.

Published in:
 Sociaal Maandblad Arbeid

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2004

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Vonk, G. J. (2004). Jurisprudentie internationaal en Europees socialezekerheidsrecht. *Sociaal Maandblad Arbeid*.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Jurisprudentie internationaal en Europees sociaizekerheidsrecht

Deze jaarlijkse rubriek internationaal en Europees sociaizekerheidsrecht bestrijkt de periode van 1 september 2003 tot 1 oktober 2004. Anders dan in de rubriek van het vorig jaar, valt er dit jaar veel jurisprudentie te melden over de invloed van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Het mensenrechtenverdrag blijkt voor allerlei groepen mogelijke implicaties te hebben: van gehandicapten en gedetineerden tot halfwezen en transsexuele nabestaanden. De mensenrechtenjurisprudentie - afkomstig van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, het EG Hof van Justitie en onze eigen Centrale Raad van Beroep - wordt uitgebreid besproken in de eerste paragraaf. De daaropvolgende onderwerpen komen dan veel korter aan bod. Het gaat achtereenvolgens om de invloed van het Europese burgerschap op sociaizekerheidsaanspraken in grensoverschrijdende situaties (paragraaf 2) en ten slotte een diversiteit van uitspraken op het gebied van het Europese coördinatierecht (paragraaf 3).

1. Invloed van het EVRM

Het eigendomsrecht in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol

Meneer Koua Poirrez heeft een lange procedurele adem. Hij heeft niet alleen bij diverse nationale instanties geprocedeerd, maar ook bij het EG Hof van Justitie (HvJ EG). Zijn gelijk behaalde hij uiteindelijk bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Het begon allemaal in mei 1990 toen hij een uitkering voor gehandicapte volwassenen (Allocation aux adultes handicapés, AAH) aanvraag. Zijn aanvraag wordt afgewezen omdat hij noch een Frans onderdaan, noch een onderdaan is van een land dat een reciprociteitsovereenkomst met Frankrijk heeft gesloten. De zaak van Koua Poirrez komt voor de Bobigny Social Security Tribunal, die vervolgens aan het HvJ EG vraagt of deze beslissing in strijd is met het EG-Verdrag. Het Hof oordeelt dat de weigering om de uitkering aan Koua Poirrez toe te kennen niet in strijd is met het EG-Verdrag. De relevante bepalingen van het EG-Verdrag waren namelijk alleen van toepassing op migrerende werknemers, terwijl de vader van Koua Poirrez geen migrerende werknemer was. Hij had altijd gewoond en gewerkt in Frankrijk. Op grond van deze uitspraak werd het beroep, en later ook het hoger beroep en het beroep in cassatie, ongegrond verklaard. In 1998 verviel het nationaliteitsvereiste en met ingang van juni 1998 kreeg Koua Poirrez (wederom na enige procedures) alsnog een uitkering ingevolge de AAH.

Bij het EHRM is in geschil of de weigering van de uitkering tot juni 1998 in strijd is met artikel 14 van het EVRM in samenhang met artikel 1 van het Eerste Protocol. Het Hof beoordeelt eerst de toepasselijkheid van deze bepalingen. Het Hof herhaalt daartoe zijn vaste jurisprudentie waaruit volgt dat artikel 14 van het EVRM alleen kan worden toegepast als de feiten van het geding zich binnen de toepassingsfeer bevinden van de materiële verdragsbepalingen (zoals het recht op bescherming van eigendom). Het Hof zet vervolgens uiteen hoe zijn oordeel in de zaak *Gaygusuz* moet worden geïnterpreteerd.¹ In dit arrest werd aan een Turks onderdaan een Oostenrijkse bijstandsuitkering voor werklozen geweigerd omdat hij niet de Oostenrijkse nationaliteit had. Het Hof oordeelde dat het recht op de bijstandsuitkering een eigendomsrecht is in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol en dat dit artikel van toepassing kan zijn zonder dat er een verband bestaat tussen het recht op bijstand en de verplichting om premies te betalen. Bij de uitlegging van dit arrest is dikwijls betoogd dat een uitkering die niet op premiebetaling berust, niet kan worden aangemerkt als een eigendomsrecht in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol. In de zaak Poirrez had de

Franse regering dit ook betoogd. Het Hof legt echter uit dat een dergelijke a-contrario redenering niet opgaat. Ook een uitkering die niet op premiebetaling is gebaseerd kan volgens het Hof als eigendomsrecht worden aangemerkt. Vervolgens stelt het Hof vast dat de uitkering was geweigerd enkel vanwege de nationaliteit van Poirrez. Er is dus sprake van een onderscheid op grond van nationaliteit, welke slechts door zeer zwaarwegende redenen kan worden gerechtvaardigd. Het Hof is niet overtuigd door de redenen die de Franse regering heeft aangevoerd. Door de ratificatie van het EVRM had Frankrijk de verplichting op zich genomen om de rechten en vrijheden van het EVRM te garanderen aan iedereen die zich binnen de Franse jurisdictie bevindt, en dus ook aan Koua Poirrez. Artikel 14 EVRM in samenhang met artikel 1 van het Eerste Protocol is dus geschonden. Van een schending van artikel 6 van het EVRM was overigens geen sprake. De procedure voor de nationale gerechten had ruim zeven jaar in beslag genomen, maar dit is gezien de complexiteit van de zaak niet onredelijk. Het Hof voegt daaraan nog toe dat de 18 maanden die de procedure bij het HvJ EG in beslag nam, hierbij niet in aanmerking mogen worden genomen.

Als gevolg van dit arrest is nu duidelijk dat ook socialezekerheidsrechten die niet op premiebetaling zijn gebaseerd als eigendomsrecht in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol kunnen worden aangemerkt. Dit brengt met zich mee dat ook de regelgeving inzake deze socialezekerheidsrechten kan worden getoetst aan artikel 14 van het EVRM (in samenhang met artikel 1 van het Eerste Protocol).

EHRM 30 september 2003, zaak 40892/98 (Koua Poirrez)

De Wet socialezekerheidsrechten gedetineerden

Het arrest *Koua Poirrez* is inmiddels ook tot de nationale rechtspraak doorgedrongen, onder meer in een reeks uitspraken van de CRvB inzake de Wet socialezekerheidsrechten gedetineerden (Wsg). In zijn uitspraak van 18 juni 2004 heeft de CRvB in 7 gevallen beoordeeld of het UWV op grond van de Wsg uitkeringen ingevolge de WAO respectievelijk Wajong mocht intrekken of weigeren.² De CRvB stelt in deze uitspraak eerst vast dat alle besluiten in overeenstemming zijn met het nationale recht en gaat vervolgens over tot de toetsing aan het internationale recht. Daarbij overweegt de CRvB dat aan artikel 25 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, artikel 12 van het Europees Sociaal Handvest en artikel 9 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale rechten niet kan worden getoetst, omdat deze artikelen naar hun inhoud niet een ieder kunnen verbinden. Ook de toetsing aan artikel 32 van ILO-conventie 128 loopt hierop stuk. Daarbij overweegt de CRvB dat ILO-conventie 128 een instructiekarakter draagt en gericht is tot de verdragsluitende partijen, hetgeen in het algemeen in de weg zal staan aan de mogelijkheid van het invoeren van een rechtens afdwingbare aanspraak op een concrete prestatie in een individueel geval. Een staat wordt geacht te voldoen aan deze conventie als het collectieve beschermingsniveau adequaat is, zonder daarbij acht te slaan op datgene wat in het individuele geval tot uitbetaling komt. De verdragsluitende partijen kunnen voorts op verschillende wijzen inhoud geven aan die instructienormen, zodat deze moeilijk te sublimeren zijn tot een rechtens afdwingbare norm voor burgers. Deze overwegingen zijn we reeds eerder tegengekomen in de uitspraken van de CRvB die betrekking hebben op het overgangsrecht van de ANW.³

Vervolgens gaat de CRvB in op de stelling dat in de Wsg een door artikel 14 van het EVRM verboden onderscheid wordt gemaakt tussen gedetineerde uitkeringsgerechtigden en niet gedetineerde uitkeringsgerechtigden. Daarbij verwijst de CRvB naar het arrest *Koua Poirrez* en oordeelt dat toetsing aan artikel 14 van het EVRM (in samenhang met artikel 1 van het Eerste Protocol) mogelijk is als belanghebbende voldoet aan alle wettelijke voorwaarden voor het (voort)bestaan van een recht op uitkering, met uitzondering van de voorwaarden waarvan hij de rechtsgeldigheid in verband met het vermeend discriminatoire karakter ervan bestrijdt.

De gedetineerden voldoen aan alle wettelijke voorwaarden met uitzondering van het ene criterium dat zij als discriminatoir bestempelen, zijnde de voorwaarde dat hun vrijheid niet rechtens is ontnomen. Toetsing aan artikel 14 van het EVRM is dus mogelijk.

De CRvB oordeelt vervolgens dat het onderscheid tussen gedetineerde uitkeringsgerechtigden en niet gedetineerde uitkeringsgerechtigden objectief gerechtvaardigd is. De CRvB verwijst hierbij naar de wetsgeschiedenis en stelt vast dat de wetgever heeft beoogd een einde te maken aan de ongewenst geachte situatie dat tijdens wettelijke vrijheidsontneming verstrekking van een socialeverzekeringsuitkering plaatsvindt, terwijl de Staat reeds in de kosten van het levensonderhoud voorziet. Daarnaast wenste de wetgever met de Wsg een einde te maken aan de ongelijke positie van enerzijds degenen die voor hun detentie in loondienst werkten en die tijdens detentie hun inkomen verliezen, en anderzijds de uitkeringsgerechtigden die hun uitkering tijdens detentie kunnen behouden. Deze doelstellingen zijn volgens de CRvB rechtens aanvaardbaar en het middel van de Wsg is in zijn algemeenheid geëigend om elk van deze doelstellingen te bereiken. Het feit dat bepaalde kosten tijdens detentie geheel of ten dele doorlopen en het feit dat het verzekerd risico tijdens detentie blijft voortbestaan, brengt de CRvB niet tot een ander oordeel. Bij deze beoordeling heeft de CRvB zich terughoudend opgesteld. Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt immers dat de wetgever bij de implementatie van maatregelen op sociaal en economisch gebied over een ruime beoordelingsmarge beschikt. Gezien deze ruime beoordelingsmarge is het volgens de CRvB ook toegestaan om een onderscheid te maken tussen personen die in een TBS-inrichting verblijven en personen die met toepassing van artikel 37, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht zijn opgenomen in een psychiatrisch ziekenhuis. Volgens de CRvB bestaan er tussen deze categorieën zodanige verschillen dat de wetgever tot het oordeel heeft mogen komen dat de eerste groep wel onder de werking van de Wsg valt, en de tweede groep niet. De wetgever heeft zijn beoordelingsmarge echter wel overschreden door de Wsg ook toe te passen op personen die zijn ontslagen van alle rechtsvervolging en die vervolgens zijn opgenomen in een TBS-inrichting dan wel in afwachting van opname in een TBS-inrichting in een penitentiaire inrichting verblijven. Volgens de Raad bestaat er namelijk geen rechtens relevant verschil tussen deze personen en de personen die met toepassing van artikel 37, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht zijn opgenomen in een psychiatrisch ziekenhuis.

De Raad voegt hieraan toe dat toetsing aan artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) niet tot een ander oordeel leidt. Vervolgens gaat de Raad in op de stelling dat de weigering of de intrekking van de arbeidsongeschiktheidsuitkering in strijd is met artikel 1 van het Eerste Protocol. De weigering van een uitkering na 1 mei 2000 levert geen strijd op met dit artikel. De Wsg is namelijk op 1 mei 2000 in werking getreden, waardoor er in geval van een weigering na deze datum niet gesproken kan worden van een eigendomsontneming. De intrekking van een uitkering met ingang van 1 juni 2000 is daarentegen wel als eigendomsontneming te kwalificeren. In tegenstelling tot de wetgever meent de CRvB dat deze eigendomsontneming niet voldoet aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. Volgens de CRvB is de overgangstermijn te kort om de getroffen uitkeringsgerechtigden in staat te stellen om hun zaken op orde te brengen. Hierbij is mede van belang dat het door de staat verschaft onderhoud en onderdak niet kan worden beschouwd als een vorm van compensatie voor de intrekking van hun uitkering. Deze intrekking kan bovendien een lange periode beslaan. Daarnaast is relevant dat de overgangstermijn veel korter is dan in andere situaties waarin het recht op uitkering werd beperkt of ingetrokken. Vervolgens stelt de CRvB zelf een overgangstermijn voor door ten overvloede te overwegen dat een overgangstermijn van zes maanden wel in overeenstemming zou kunnen worden geacht met artikel 1 van het Eerste Protocol.

Deze uitspraak is met name bijzonder vanwege laatstgenoemde overweging. Het is op zich al zeer uitzonderlijk dat een rechtscollage oordeelt dat er sprake is van strijd met artikel 1 van het Eerste Protocol. Maar wat deze uitspraak nog uitzonderlijker maakt, is dat de CRvB aan het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) laat weten wat een redelijke overgangstermijn zou kunnen zijn. Het is vervolgens aan het UWV om nieuwe besluiten te nemen en daarbij dus te bepalen of de door de CRvB voorgestelde overgangstermijn moet worden overgenomen. Daarbij zal het UWV even op de stoel van de wetgever moeten plaatsnemen. Normaliter is het immers aan de wetgever om overgangstermijnen vast te stellen. De wetgever hoeft hier echter niet rouwig om te zijn. De Raad had er namelijk ook voor kunnen kiezen om de Wsg wegens strijd met het Eerste Protocol geheel buiten toepassing te laten. Dat had de wetgever veel werk opgeleverd, om nog maar te zwijgen van de schadeclaims. De CRvB had overigens ook nog een andere weg kunnen kiezen. In zijn oratie van 17 september jongstleden wijst prof. F.J.L. Pennings erop dat de rechter aan de wetgever een termijn zou kunnen stellen waarbinnen de wetgever de strijdigheid met een verdrag moet oplossen.⁴ Deze optie is in het geval van overgangsrecht echter weinig aantrekkelijk. Het is immers niet zinvol om het langdurige proces van een wetswijziging te doorlopen als bekend is in welke gevallen de toepassing van het overgangsrecht strijdigheid met een verdrag oplevert. Dan verdient het de voorkeur om het uitvoeringsorgaan, die immers weet of zou kunnen weten om welke gevallen het gaat, nieuwe besluiten te laten nemen die wel in overeenstemming zijn met het internationale recht. Dat een uitvoeringsorgaan daarbij even op de stoel van de wetgever gaat zitten, moet maar voor lief worden genomen.
CRvB 18 juni 2004, RSV 2004/298, USZ 2004/255 en JB 2004/303

Recht op halfwezenuitkering onder de AWW en de ANW

De artikelen 14 van het EVRM en 1 van het Eerste Protocol komen we ook weer tegen in de ontvankelijkheidsbeslissing van het EHRM inzake de klacht van mevrouw Van den Bouwhuijsen en haar dochter Jolien Schuring. Mevrouw Bouwhuijsen heeft met meneer Schuring, de vader van Jolien, samengewoond tot zijn dood in 1995. Zij zijn nooit getrouwd. Wel heeft meneer Schuring Jolien erkend. Na de dood van meneer Schuring dient mevrouw Van den Bouwhuijsen een aanvraag in om een nabestaandenuitkering ingevolge de Algemene Weduwen- en Wezenwet (AWW). Zij vraagt echter geen volledige uitkering aan, maar een uitkering die bestaat uit het verschil tussen een uitkering voor een weduwe met een kind jonger dan 18 jaar en die voor een weduwe zonder kind (dus een uitkering van 30% van het minimumloon). De SVB wijst deze aanvraag af omdat mevrouw Van den Bouwhuijsen niet als weduwe in de zin van de AWW kan worden aangemerkt aangezien zij niet met Schuring gehuwd was. Daarnaast bestaat voor Jolien ook geen recht op een wezenpensioen omdat zij door het overlijden van haar vader niet ouderloos is geworden. Deze weigering is in bezwaar, beroep en hoger beroep in stand gelaten. En ook het EHRM laat deze beslissing in stand. De klacht dat de weigering van de nabestaandenuitkering een ongerechtvaardigde discriminatie op grond van geboorte oplevert, is namelijk niet ontvankelijk. Volgens het EHRM bevinden de feiten van het geding zich niet binnen de toepassingsfeer van artikel 1 van het Eerste Protocol. Jolien is geen wees en heeft daarom geen recht op een wezenuitkering ingevolge de AWW. Verder is relevant dat de AWW aan geen enkel kind dat één van zijn ouders heeft verloren een recht op een nabestaandenuitkering van 30% van het minimumloon toekent. De nabestaandenuitkering is dus niet geweigerd vanwege de onwettige geboorte van Jolien. Hierin verschilt de zaak van Jolien met zaken als Gaygusuz en Koua Poirrez. In laatstgenoemde zaken werd aan betrokkenen een uitkering geweigerd enkel vanwege hun nationaliteit en is er dus sprake van een onderscheid. In het geval van Jolien wordt er echter helemaal geen onderscheid gemaakt. De nabestaandenuitkering wordt immers niet geweigerd vanwege haar onwettige geboorte (of enig ander onderscheidend criterium), maar simpelweg omdat er destijds geen uitkering ten behoeve van halfwezen als Jolien bestond.

Mevrouw Derksen bevindt zich in dezelfde situatie als mevrouw Van den Bouwhuijsen. Ook zij heeft met de vader van haar dochter samengewoond tot aan zijn dood in 1995. Zij zijn nooit getrouwd. De vader heeft zijn dochter Kaya Bakker wel erkend. Na zijn dood verzoekt mevrouw Derksen om een halfwezenuitkering, bestaande uit een uitkering van 30% van het minimumloon. Dit verzoek werd geweigerd omdat de AWW geen halfwezenuitkering kent. Deze weigering werd bevestigd in bezwaar, beroep en hoger beroep. Het Comité denkt er echter anders over en oordeelt dat er sprake is van een vorm van verboden discriminatie op grond van artikel 26 van het IVBPR. Daartoe stelt het Comité allereerst vast dat de pensioenen van kinderen onder de AWW afhangen van de status van hun ouders. Wanneer deze ouders ongehuwd zijn, komen hun kinderen niet in aanmerking voor een pensioen. Op grond van de Algemene nabestaandenwet (ANW) worden uitkeringen geweigerd aan kinderen die voor 1 juli 1996 geboren zijn uit ongehuwde ouders, maar aan kinderen in dezelfde situatie geboren na 1 juli 1996 wordt wel een uitkering toegekend. Er wordt dus een onderscheid gemaakt tussen kinderen geboren uit een huwelijk of na 1 juli 1996 enerzijds en kinderen geboren voor 1 juli 1996 buiten een huwelijk anderzijds. Dit onderscheid is volgens het Comité niet gebaseerd op redelijke gronden. De autoriteiten waren zich bewust van het discriminatoire effect van de AWW en hadden deze discriminatie bij de invoering van de ANW eenvoudig kunnen wegnemen. Er is dus sprake van een op grond van artikel 26 IVBPR verboden, indirecte discriminatie tussen kinderen die uit een huwelijk zijn geboren en kinderen die dat niet zijn.

Voor de volledigheid moet nog worden vermeld dat mevrouw Derksen bij het Mensenrechtencomité ook had geklaagd over het onderscheid dat in de AWW tussen gehuwde en ongehuwde paren werd gemaakt. Deze klacht treft echter geen doel. Het Comité herinnert eraan dat het eerder heeft vastgesteld dat het maken van onderscheid tussen gehuwde en ongehuwde paren niet neerkomt op een schending van artikel 26 van het IVBPR, aangezien gehuwde en ongehuwde paren onder uiteenlopende juridische regelingen vallen en de beslissing al dan niet door middel van het huwelijk een juridische status te verkrijgen volledig aan de samenwonende partners is.⁵ Door de invoering van de ANW heeft de Staat voorzien in een gelijke behandeling van gehuwden en ongehuwd samenwonenden ten behoeve van uitkeringen aan nabestaanden. Gelet op het feit dat het maken van onderscheid tussen gehuwde en ongehuwde paren in het verleden geen verboden discriminatie vormde, is het Comité de mening toegedaan dat de Staat niet verplicht was de wijziging terugwerkende kracht te verlenen.

Als gevolg van deze uitspraak moet de Nederlandse Staat ten aanzien van Kaya een halfwezenuitkering of een gelijkwaardige remedie verstrekken. Daarnaast is de Staat verplicht om soortgelijke schendingen te voorkomen. De Staat zou dus ook een halfwezenuitkering moeten toekennen ten behoeve van Jolien Schuring, die zich immers in dezelfde situatie bevindt als Kaya Bakker. Uit de reactie van de Regering op deze uitspraak blijkt echter dat dit niet zal gebeuren, omdat de regering de conclusie van het Comité niet deelt.⁶ De regering kan niet inzien hoe sprake kan zijn van ongelijke behandeling in een situatie waarin geen van de te vergelijken groepen aan een regeling een aanspraak kan ontlenen. Geen enkele halfwees heeft immers in het kader van de nabestaandenvoorziening een eigen recht op uitkering, ook niet halfwezen die zijn geboren uit een huwelijks- of niet-huwelijks relatie die na 1 juli 1996 tot een einde is gekomen door de dood van één van de ouders. Slachtoffer van directe of indirecte discriminatie kan naar de mening van de regering alleen degene zijn aan wie rechten worden ontzegd die aan anderen in dezelfde situatie wel worden toegekend. In casu zou dit de achterblijvende ouder zijn. De achterblijvende ouder is immers degene aan wie de (verhoogde) uitkering wordt toegekend en die er geheel naar eigen goeddunken over kan beschikken. Hoewel de verhoging wordt toegekend ter bestrijding van de kosten van onderhoud van minderjarige kinderen, beschikt de Staat niet over enig instrument om te

garanderen of verifiëren dat deze daartoe ook inderdaad wordt aangewend. Echter, ten aanzien van de rechthebbende, de achterblijvende ouder, heeft het Comité nu juist bepaald dat het niet toepassen van de nieuwe regeling op oude gevallen géén discriminatie in de zin van artikel 26 oplevert. De regering kan het Comité dan ook niet volgen in de redenering dat dit met betrekking tot de uitkering ten behoeve van de halfwees anders zou zijn.

Voor deze opvatting vindt de regering met name steun in de uitspraak van het EHRM in de zaak Van den Bouwhuijsen en Schuring. Aan de niet-ontvankelijkheidsbeslissing in deze zaak wordt in feite voorrang verleend boven de uitspraak van het Mensenrechtencomité. Dit betekent dat niet alleen de halfwezenuitkering ten behoeve van Jolien Schuring wordt geweigerd, maar ook de halfwezenuitkering ten behoeve van Kaya Bakker.

EHRM 16 december 2003, zaak 44658/98 (Bouwhuijsen en Schuring)

Mensenrechtcomité 24 mei 2004, zaak 976/2001 (Derksen en Bakker)

Het overgangsrecht van de ANW

In de uitspraak van de CRvB van 5 december 2003 kwam het overgangsrecht van de ANW wederom aan de orde. Het ging in deze zaak om een vrouw wiens echtgenoot op 4 september 1996 is overleden. De Sociale verzekeringsbank (SVB) stelde vast dat zij recht had op een nabestaandenuitkering ingevolge de ANW, maar deze kon in verband met de hoogte van haar inkomen niet tot uitbetaling komen. Deze beslissing is in bezwaar en beroep gehandhaafd. In hoger beroep stelde betrokkene dat in de ANW een verboden onderscheid wordt gemaakt tussen personen wier echtgenoot voor 1 juli 1996 is overleden en personen wier echtgenoot op of na deze datum is overleden. De Raad verwijst naar zijn uitspraak van 5 september 2001 en oordeelt dat de artikelen 26 van het IVBPR en 14 van het EVRM er niet toe strekken personen te beschermen tegen de nadelige gevolgen van wijziging van wetgeving.⁷ Dit geldt overigens alleen als de gewijzigde wet op zichzelf geen discriminerend karakter heeft. Ook andere klachten over discriminatie worden door de Raad verworpen. De inkomenstoets in de ANW levert volgens de CRvB geen indirecte discriminatie tussen mannen en vrouwen op. En ook het onderscheid tussen personen met inkomen uit of in verband met arbeid enerzijds en personen met een aanvullend pensioen of inkomen uit vermogen anderzijds is niet verboden. De ANW is immers bedoeld voor personen die niet in staat worden geacht zich door middel van arbeid voldoende inkomsten te verwerven. De Raad acht deze doelstelling legitiem en het gekozen middel (de korting van inkomen uit of in verband met arbeid) geschikt en proportioneel.

Betrokkene heeft daarnaast geklaagd over de schending van diverse andere internationale normen. De meest interessante klacht is dat de inkomenstoets in de ANW in strijd is met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Voor de gegrondheid van deze klacht is vereist dat aan betrokkene een 'possession' is ontnomen of dat het genot daarvan is beperkt. De CRvB verwijst naar de jurisprudentie van het EHRM waaruit blijkt dat het begrip 'possession' niet alleen betrekking heeft op bestaande bezittingen, maar ook op aanspraken waarbij betrokkene kan onderbouwen dat hij tenminste een gerechtvaardigde verwachting heeft dat deze aanspraken zullen worden gerealiseerd.⁸ De CRvB stelt vervolgens vast dat op het moment van het overlijden van de echtgenoot van betrokkene geen sprake kon zijn van een 'possession'. Het risicoverzekeringskarakter van de ANW staat hieraan in de weg. Als het verzekerde risico tijdens een bepaald tijdvak niet intreedt, heeft dit tijdvak geen economische waarde meer. Eventuele gunstigere verzekeringsvoorwaarden die golden tijdens zo'n tijdvak vormen dan ook geen 'possession'. De Raad kijkt ook nog naar de verwachting van betrokkene om een uitkering conform de voorwaarden van de AWW te ontvangen indien haar echtgenoot zou overlijden. De Raad acht dergelijke verwachtingen slechts gerechtvaardigd als de echtgenoot overlijdt op het moment dat de AWW nog van kracht is. De echtgenoot van de betrokkene is echter overleden nadat de AWW was vervangen door de ANW. De

verwachtingen van betrokkene waren dus niet gerechtvaardigd en vormden geen 'possession'. Het voorgaande brengt de Raad tot de conclusie dat artikel 1 van het Eerste Protocol de wetgever niet verplicht om een begunstigende overgangsregeling te ontwerpen voor situaties waarin de voorwaarden van een wettelijke risicoverzekering worden verzwaard terwijl het verzekerde risico nog niet is ingetreden.

Deze uitspraak is van belang omdat hieruit duidelijk blijkt dat er bij risicoverzekeringen geen sprake kan zijn van eigendom als het verzekerde risico zich (nog) niet heeft voorgedaan. Nadat het tijdvak van verzekering is afgelopen, is dit tijdvak immers niets meer waard. Tijdvakken van verzekering zijn in het geval van opbouwverzekeringen echter nog wel van waarde. Bij de Algemene Ouderdomswet (AOW) vertegenwoordigt elk jaar van verzekering bijvoorbeeld een waarde van 2% van de AOW-uitkering. Bij een opbouwverzekering als de AOW zou dus, nog voordat de pensioengerechtigde leeftijd is bereikt, gesproken kunnen worden van eigendom. De SVB heeft daarom in de SVB Beleidsregels 2004 bepaald dat tijdvakken van verzekering vervuld krachtens een opbouwverzekering als eigendom in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol moeten worden aangemerkt.⁹ Dit betekent echter niet dat de overheid de AOW niet ten nadele van de toekomstige AOW-gerechtigden zou mogen wijzigen door bijvoorbeeld de pensioenleeftijd te verhogen van 65 naar 67 jaar. De wetgever mag immers onder bepaalde voorwaarden inbreuk maken op socialezekerheidsrechten die als eigendomsrechten kunnen worden gekwalificeerd. Daarbij zal de wetgever natuurlijk wel de beginselen van proportionaliteit van subsidiariteit in acht moeten nemen.

De procedure van deze weduwe is met deze uitspraak van de CRvB nog niet ten einde gekomen. Betrokkene heeft namelijk ook een klacht ingediend bij het EHRM. De procedure bij het EHRM was overigens al aanhangig op het moment dat het geding ter zitting van de Raad werd behandeld. Betrokkene had zelfs om aanhouding van de behandeling van het geding verzocht. De Raad heeft dit verzoek niet gehonoreerd omdat het EHRM ingevolge artikel 35 van het EVRM een zaak pas in behandeling kan nemen nadat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput.

CRvB 5 december 2003, RSV 2004/219 en USZ 2004/88

Lopende procedures

De weduwe uit de hiervoor besproken zaak is overigens niet de enige die bij het EHRM een klacht heeft ingediend over de ANW. Het EHRM onderzoekt op dit moment de ontvankelijkheid van een klacht waarin wordt gesproken van een schending van de artikelen 6, 8, en 14 van het EVRM en artikel 1 van het Eerste Protocol. De schending van laatstgenoemd artikel is volgens klaagster gelegen in het feit dat als gevolg van de intrekking van de AWW en de invoering van de ANW haar uitkering met 69% is verminderd. Klaagster is van mening dat hiermee een ongerechtvaardigde ontneming van eigendom heeft plaatsgevonden. Klaagster is voorts van mening dat er sprake is van ongerechtvaardigde discriminatie in de zin van artikel 14 van het EVRM, omdat haar geval op dezelfde manier wordt behandeld als dat van personen die na de invoering van de ANW recht krijgen op een uitkering, ondanks dat geen sprake is van gelijke gevallen. Artikel 8 is volgens klaagster geschonden, omdat met de vermindering van de uitkering een ongerechtvaardigde inmenging in haar privé- en familielevens plaatsvindt. Tenslotte acht klaagster artikel 6 geschonden, omdat het Nederlandse recht haar geen mogelijkheid biedt om de ANW door een rechterlijke instantie te laten toetsen op verenigbaarheid met het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Het EHRM onderzoekt op dit moment de ontvankelijkheid van deze klacht. Daarnaast zal het EHRM de ontvankelijkheid van twintig andere klachten, die grotendeels over hetzelfde onderwerp gaan, beoordelen.

EHRM, klachtnummer 75255/01

Naast deze procedure bij het EHRM willen wij ook graag de aandacht vestigen op twee procedures die momenteel bij de CRvB lopen. In deze procedures is een beroep gedaan op artikel 14 EVRM in combinatie met artikel 1 van het Eerste Protocol c.q. artikel 8 van het EVRM. De achtergrond van deze procedures is de volgende. De SVB heeft geweigerd om een halfwezenuitkering c.q. kinderbijslag toe te kennen, omdat de kinderen niet als eigen kinderen van verzekerde kunnen worden aangemerkt. Uit de beleidsregels van de SVB volgt dat bij de invulling van het begrip eigen kind wordt aangesloten bij het afstammingsrecht van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW).¹⁰ Dit betekent dat onder eigen kinderen wordt verstaan de kinderen van de vrouwelijke verzekerde die op grond van artikel 1:198 BW als hun moeder wordt aangemerkt, en de kinderen van de mannelijke verzekerde die op grond van artikel 1:199 BW als hun vader wordt aangemerkt. Uit laatstgenoemd artikel blijkt dat een man als vader van een kind wordt aangemerkt als hij (uitzonderingen daargelaten) op het tijdstip van de geboorte van het kind met de vrouw uit wie het kind is geboren is gehuwd; als hij het kind heeft erkend; als zijn vaderschap gerechtelijk is vastgesteld; of als hij het kind heeft geadopteerd. In de twee zaken die momenteel bij de CRvB aanhangig zijn, gaat het om mannelijke verzekerden die niet op grond van artikel 1:199 BW als de juridische vaders van hun kinderen kunnen worden aangemerkt. Door betrokkenen wordt vervolgens gesteld dat deze mannen wel de biologische vaders van de kinderen zijn. Het biologisch vaderschap is bij de beoordeling van het recht op halfwezenuitkering of kinderbijslag echter niet relevant. Uit de beleidsregels van de SVB blijkt immers dat er sprake moet zijn van juridisch vaderschap in de zin van artikel 1:199 BW. De CRvB moet nu beoordelen of de SVB aldus een ongerechtvaardigd onderscheid maakt tussen onwettig geboren, niet-erkende kinderen enerzijds en wettig geboren kinderen en onwettig geboren, erkende kinderen anderzijds.

CRvB, zaaknummer 02/5135 ANW en 00/744 AKW

Het afstammingsrecht en artikel 8 EVRM

Gelet op deze twee procedures is de uitspraak van het EHRM in de zaak Haas ook nog vermeldenswaardig. In deze procedure stelt meneer Haas dat hij de biologische zoon is van een in 1992 overleden notaris. Deze notaris is echter niet de juridisch vader van Haas. Haas werd daarom niet aangemerkt als erfgenaam. De gehele erfenis ging vervolgens naar een neef van de notaris. In een civiele procedure eist Haas vervolgens dat de neef de erfenis aan hem overdraagt. De Rechtbank Arnhem, het gerechtshof Arnhem en de Hoge Raad oordelen echter dat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat om in een zaak als deze af te wijken van het op dat moment geldende erfrecht. De Hoge Raad voegt hieraan toe dat er reeds een nieuwe wet inzake het afstammingsrecht wordt ontworpen. Hierbij moeten belangrijke politieke keuzes worden gemaakt en de Hoge Raad wil hier niet op vooruit lopen. Haas klaagt vervolgens bij het EHRM over een schending van artikel 14 EVRM in samenhang met artikel 8 EVRM. Deze klacht wordt ontvankelijk verklaard, maar artikel 8 van het EVRM blijkt niet van toepassing op zijn zaak. Het EHRM baseert dit oordeel op het feit dat Haas en zijn moeder niet met de notaris hebben samengewoond. Dat de notaris een bijdrage aan zijn onderhoud leverde en dat zij sporadisch contact hadden, is niet voldoende om te kunnen spreken van ‘family life’ in de zin van artikel 8 EVRM. Ook kan de klacht van Haas niet worden gezien als een manier om familiebanden te creëren met de overige nabestaanden van de notaris of om twijfels met betrekking tot zijn afkomst weg te nemen. De feiten van deze zaak kunnen dus niet onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM worden gebracht. Het gaat in deze zaak immers niet om ‘family life’ of ‘private life’ in de zin van artikel 8 van het EVRM, maar om de bewijsrechtelijke vraag of er tussen Haas en de notaris familierechtelijke banden bestonden. Het zou volgens het Hof de reikwijdte van artikel 8 te ver oprekken door de oordelen dat aan dit artikel het recht kan worden ontleend om als erfgenaam te worden aangemerkt. Het Hof voegt hieraan toe dat het afstammingsrecht inmiddels is gewijzigd en dat Haas om gerechtelijke vaststelling van het vaderschap kan verzoeken, waardoor hij met terugwerkende kracht als erfgenaam van de notaris zou kunnen worden aangemerkt.

Haas heeft deze woorden van het EHRM ter harte genomen en om gerechtelijke vaststelling van het vaderschap verzocht. Het Hof Amsterdam heeft vervolgens een DNA-onderzoek laten verrichten.¹¹ De notaris was gecremeerd, maar DNA-onderzoek kon toch nog worden verricht omdat de moeder de enveloppen met brieven van de notaris had bewaard. Het bleek mogelijk om DNA-onderzoek te verrichten aan de likranden van deze enveloppen. Het onderzoek wees uit dat de notaris inderdaad de biologische vader van Haas is. Vervolgens is hij als enige erfgenaam van de notaris aangemerkt. De neef hoeft echter niet de gehele erfenis aan Haas over te dragen. Hij moet slechts het deel van de erfenis dat niet is verbruikt of verteerd overdragen.

Deze uitspraak vormt een mooie aanvulling op de uitspraak van het EHRM in de zaak *Camp en Bourimi*.¹² Meneer Bourimi, de vader van Sofian, overleed voor de geboorte van Sofian. Hij woonde samen met mevrouw Camp, de moeder van Sofian. Hij wilde met haar trouwen, maar hij overleed voordat het huwelijk kon plaatsvinden. Hij had Sofian niet erkend. Volgens het EHRM vielen deze feiten wel onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM. Het Hof kon dus overgaan tot een beoordeling van de vraag of het Nederlandse erfrecht in strijd was met artikel 14 EVRM in samenhang met artikel 8 EVRM. Het Hof overwoog hierbij dat het verschil in behandeling tussen binnen en buiten het huwelijk geboren kinderen slechts door zwaarwegende redenen kan worden gerechtvaardigd. De bescherming van de andere erfgenamen kan een legitiem doel vormen om dit onderscheid te rechtvaardigen. Echter, in dit geval wisten de andere erfgenamen van het bestaan van Sofian, waardoor het niet proportioneel zou zijn om hem van de erfenis uit te sluiten. Het EHRM oordeelde daarom dat er sprake was van een schending van artikel 14 EVRM in samenhang met artikel 8 EVRM.

De zaak *Camp en Bourimi* had nog betrekking op het oude afstammingsrecht. Op 1 april 1998 is het afstammingsrecht echter gewijzigd en is de mogelijkheid van gerechtelijke vaststelling van het vaderschap ingevoerd. Met behulp van deze mogelijkheid kan een onwettig, niet-erkend kind alsnog als erfgenaam worden aangemerkt. Het is de vraag of ten aanzien van het nieuwe afstammingsrecht nog gesproken kan worden van een ongerechtvaardigd onderscheid tussen binnen en buiten het huwelijk geboren kinderen. In de zaak Haas kwam het Hof niet toe aan de beantwoording van deze vraag. Misschien dat de CRvB in de twee eerdergenoemde zaken wel een antwoord geeft op deze vraag. Hier komen we in een volgende jurisprudentiebespreking nog op terug.
EHRM 14 juni 2004, zaak 36983/97 (Haas)

Transsexuelen en het recht op nabestaandenpensioen

Nu toch de invloed van het EHRM wordt besproken, behandelen wij hier ten slotte nog een opmerkelijke arrest van het EG Hof van Justitie over transseksuelen en het recht op nabestaandenpensioen. Het arrest laat zien dat ook dit Luxemburgse Hof zijn eigen partijtje meeblaast bij de bescherming van mensenrechten en daarbij op mooie wijze een samenhang weet te creëren met de jurisprudentie van het Straatsburgse zusterhof. Het ging in deze zaak om de vraag of de partner van een transseksueel mag worden uitgesloten van het recht op nabestaandenpensioen uit hoofde van de pensioenvoorziening voor het Britse National Health stelsel. De verzoekster in het geding was een verpleegster die jarenlang samenwoonde met een partner die als vrouw was geboren, maar door een medische ingreep tot geslachtsverandering een man was geworden. Zij konden in Engeland niet trouwen aangezien het Britse recht zich verzet tegen een geslachtswijziging in de geboorteakte. Wel had het paar tijdens een speciale plechtigheid die was goedgekeurd door de Bisschop van de Church of England, dezelfde geloften uitgewisseld als voor een traditioneel paar gebruikelijk is, maar dit gold niet als een officieel huwelijk. De verpleegster vroeg bij haar werkgever of zij bij het overlijden van haar partner in aanmerking zou komen voor een nabestaandenpensioen. Het

antwoord hierop luidde ontkennend aangezien dit pensioen uitsluitend openstaat voor gehuwde partners. Naar het oordeel van de verpleegster vormde de uitsluiting van haar recht op nabestaandenpensioen een ongelijke behandeling op grond van geslacht, die in strijd is met het EG-Verdrag. Zij was immers (ondanks de geslachtsverandering van haar partner) niet in de gelegenheid om te trouwen. Het Hof van Justitie was het met haar eens, maar komt in het arrest niet toe aan een inhoudelijk beoordeling van de vraag of een huwelijksbeletsel voor transseksuelen in strijd is met het gemeenschapsrecht. In plaats daarvan volstaat het Hof ermee te verwijzen naar een enkele maanden eerder, tijdens de procedure, gewezen arrest van het Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Christine Goodwin tegen het Verenigd Koninkrijk.¹³ Hierin had het Straatsburgse college voor de eerste maal principieel verklaard dat het Britse huwelijksbeletsel voor transseksuelen strijdig is met het in art. 12 EVRM neergelegd recht op huwen. Een pensioenstelsel dat is gebaseerd op een regeling die in strijd is met het EVRM, kan ook in de EG niet door de beugel, zo luidde het oordeel. Het arrest laat zien dat mensenrechten ook in de EG serieus moeten worden genomen. In Europa was het recht van transseksuelen om te huwen in bijna alle landen al geregeld. Alleen in het Verenigd Koninkrijk en Ierland golden er voor deze groep nog beperkingen. Nadat deze door het Hof voor de Rechten van de Mens ongeldig zijn verklaard, trekt het EG Hof van Justitie zijn conclusies voor de pensioenrechten.

HvJ EG 2 januari 2004, zaak C-117/01 (K.B./National Health Service Pensions Agency en Secretary of State for Health)

2. De invloed van het Europese burgerschap

In de rubriek van vorig jaar werd al aangegeven dat het Europese burgerschap vooral van belang is om tekortkomingen in de bescherming van het EG-recht die verband houden met de economische grenzen van het EG-verdrag, op te heffen. Wij concludeerden evenwel dat de burgerschapsjurisprudentie van het EG Hof van Justitie nu ook weer niet zo ver gaat dat hiervan kan worden afgeleid dat wat betreft de toegang tot het communautaire discriminatieverbod (en alles wat daarvan is afgeleid) de economische grenzen van het vrij personenverkeer in het geheel geen rol meer spelen. De jurisprudentie van het Hof met betrekking tot art. 17 EG heeft weliswaar een expansief, maar ook een grillig karakter. Laat ons eens kijken welke wapenfeiten er op dit terrein te melden zijn.

Oostenrijkse studiebeurs voor Italiaanse ex-kelnerin

In *Ninni-Orasche* ging het om een Italiaanse, getrouwd met een Oostenrijker, die na een korte tijd gewerkt te hebben als kelnerin in Klagenfurt een studie Romaanse talen en letterkunde begon. Kon zij een Oostenrijkse studiebeurs krijgen? Het Hof had hier de mogelijkheid om de zaak te beschouwen in het licht van het Europese burgerschap, maar doet dit niet. In plaats daarvan wordt het ouderwetse wapenarsenaal van de extensieve interpretatie van het communautaire werknemersbegrip van stal gehaald. Waar het om gaat is of de Italiaanse reële en daadwerkelijke arbeid verrichtte, waarbij van belang is dat de enkele omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur was geëxpireerd niet noodzakelijkerwijs betekent dat sprake is van vrijwillige werkloosheid.

HvJ EG 6 november 2003, zaak C-413/01 (Franca Ninni-Orasche/Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst, JV 2004/59)

Britse werkzoekendenbijstand voor Amerikaanse Ier

Collins is een Amerikaan met zowel een Amerikaans als een Iers paspoort. Hij was eind jaren zeventig vanuit Amerika in Engeland gaan studeren. Hij hield het één semester vol aan de universiteit en bleef daarna nog een tijdje hangen in Engeland als barman en verkoper. Daarna verliet hij Engeland. Na vele omzwervingen besloot hij eind jaren negentig sociaal werker te worden en daarvoor terug te keren naar Engeland. Hij vertrekt met al zijn spullen

naar Londen, zoekt tevergeefs een baan en vraagt een job seeker's allowance aan. Deze wordt hem geweigerd omdat hij niet aan de voorwaarde voldoet in Groot-Brittannië 'gewoonlijk te verblijven'. Kon deze weigering door de beugel? Het Hof komt tot de conclusie dat Collins geen Europees werknemer is, hooguit een werkzoekende. Maar deze status geeft nog geen recht op allerlei sociale voordelen in het gastland. Wel kan Collins als Europees burger het verbod op discriminatie naar nationaliteit invoeren. Hij heeft immers de Ierse nationaliteit. De eis van gewoonlijk verblijf kan volgens het Hof met het discriminatieverbod in strijd komen, aangezien deze eis mensen afkomstig uit andere landen makkelijker zal treffen dan Britse onderdanen. Toch wordt Collins de job seeker's allowance alsnog door de neus geboord. Volgens het Hof mag voor de Britse uitkering de eis worden gesteld dat nieuwkomers een voldoende band hebben met de Britse arbeidsmarkt. De eis van gewoonlijk verblijf is weliswaar nadelig voor vreemde onderdanen, maar kan niettemin geschikt zijn om een dergelijke band te waarborgen. In deze zaak wordt het principe van het burgerschap in ere gelaten. Maar het Hof gaat niet zover dat het de poort naar sociale uitkeringen voor alle nieuwkomers wagenwijd openstelt. In de procedure had de Europese Commissie er al voor gewaarschuwd dat hier het gevaar voor sociaal-toeristisch gebruik van collectieve voorzieningen op de loer ligt.

EG HvJ 23 maart 2004, zaak C-138/02 (Brian Francis Collins/Secretary for Work and Pensions, USZ 2004/177, JV 2004/254)

Belgisch bestaansminimum voor dakloze Fransman

Het volgende arrest is te beschouwen als de echte lakmoesproef voor het Europese burgerschap. Is het burgerschap bij machte een recht te creëren op sociale bijstand in het gastland voor niet-actieven die niet over voldoende eigen middelen van bestaan beschikken? Deze vraag rees in een geding over een dakloze Fransman die in België werd opgevangen door het Leger des Heils. In ruil voor wat zakgeld en huisvesting participeerde hij in een integratieproject. Hij diende een aanvraag in voor het Belgische bestaansminimum stellende dat hij € 400 per maand aan het opvangtehuis moest betalen en tevens geld nodig had om dit opvangtehuis te kunnen verlaten en zelfstandig te kunnen gaan wonen. Nadat het Hof een beroep op het werknemerschap ex art. 39 EG verwerpt, komt het tot de conclusie dat betrokkene op grond van het Europese burgerschap hooguit een verblijfsrecht heeft binnen de beperkingen en voorwaarden die bij het Verdrag en de uitvoeringsbepalingen daarvan zijn gesteld. Het bestaansmiddelenvereiste dat Richtlijn 90/364/EG stelt voor niet-actieven wordt niet overruled. Wel is het zo, aldus het Hof, dat zolang betrokkene in België nog een geldige verblijfstitel heeft, hij aanspraak kan maken op een bestaansminimumuitkering. Aldus creëert het burgerschap nog geen verblijfsrechten voor bijstandsbehoeftigen. Tot aan het moment dat het verblijf illegaal is geworden, is er voor hen echter wel een recht op sociale bijstand in het gastland. Ons dunkt dat het Hof hiermee het onderste uit de burgerschapskan heeft gehaald.

HvJ EG 7 september 2004, zaak C-456/02 (Michel Trojani/Openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn (OCMW) te Brussel)

3. Overige aspecten van Europees coördinatierecht.

In deze laatste paragraaf bespreken we enkele resterende uitspraken op het terrein van Vo. 1408/71. Vier thema's passeren de revue: export van werkloosheidsuitkering voor werkloze grensarbeiders, de rechten van Turken onder Besluit 3/80 van de Associatieraad EEG-Turkije, de problematiek van grensoverschrijdende zorg en de status van post-actieve ambtenaren. De zaken die worden besproken zijn afkomstig van het EG Hof van Justitie, de Hoge Raad en de CRvB

Export van werkloosheidsuitkering voor werkloze grensarbeiders

Het Hof van Justitie heeft in de zaak *Commissie tegen Nederland* geoordeeld dat de Nederlandse Staat de verplichtingen uit artikel 69 Vo.1408/71 niet is nagekomen door een volledig werkloze grensarbeider de continuering van zijn werkloosheidsuitkering te ontzeggen indien deze naar een andere lidstaat gaat om werk te zoeken. Een in Nederland wonende grensarbeider, die in Duitsland heeft gewerkt, ontvangt via artikel 71, lid 1, sub aii Vo. 1408/71 een Nederlandse werkloosheidsuitkering en wil met behoud van uitkering in Frankrijk werk gaan zoeken. De vraag is of dit via artikel 69 Vo 1408/71 mogelijk is, nu in dit artikel het behoud van uitkering voor een periode van drie maanden mogelijk is voor de volledig werkloze werknemer die voldoet aan de in de wettelijke regeling van een lidstaat gestelde voorwaarden voor recht op uitkering. De grensarbeider in kwestie voldoet niet aan de wettelijke regeling van de lidstaat, maar heeft de uitkering ontvangen via de Verordening. Het Hof is van oordeel dat duidelijk uit artikel 71 volgt dat de grensarbeider valt onder de woonstaat Nederland en dat dit betekent dat aangezien Nederland als enige bevoegd is Nederland ook als enige in staat is om de werknemer een eventueel behoud van de uitkering te verzekeren wanneer deze zich naar het grondgebied van een andere lidstaat begeeft om werk te zoeken. Dit is in overeenstemming met de doelstelling van artikel 71 dat er onder meer in bestaat het stelsel van werkloosheidsuitkeringen van grensarbeiders gelijk te stellen met dat van werknemers die hun laatste werkzaamheden in de woonplaats hebben uitgeoefend (arrest *Grisvard en Kreitz*).¹⁴ Voorts is het Hof van mening dat de considerans van Verordening 1408/71 geen onderscheid maakt tussen grensarbeiders en andere werknemers en het streven van de gemeenschapswetgever tot uiting brengt om de werkloze werknemer het behoud van het recht op werkloosheidsuitkering te verzekeren om zodoende het zoeken naar werk voor hem op het grondgebied van de verschillende Lidstaten te vergemakkelijken. Opmerkelijk aan dit arrest is dat normaal gesproken volgens de Verordening nationaal verkregen rechten behouden blijven. Het betrof hier geen nationaal verkregen rechten, maar rechten verkregen via de Verordening. Klaarblijkelijk stelt het Hof zich soepeler op ten opzichte van de grensarbeider.

HvJ 6 november 2003, zaak C-311/01 (Commissie van de Europese Gemeenschappen/Koninkrijk der Nederlanden)

Besluit 3/80 van de Associatieraad EEG-Turkije

Tegen de achtergrond van oude jurisprudentie over de werking van besluit 3/80 van de Associatieraad EG-Turkije, met name het arrest *Taflan-Met*, is het onderhavige arrest *Öztürk* opmerkelijk te noemen.¹⁵ In het eerstgenoemde arrest had het Hof namelijk bepaald dat dit besluit, bij gebrek aan de inwerkingtreding van nadere implementatieregelingen, niet rechtstreeks kan werken. Nadien heeft het Hof dit standpunt in die zin genuanceerd dat het discriminatieverbod naar nationaliteit zoals opgenomen in het besluit wél rechtstreeks kan werken. Maar dit wekt geen verbazing. Het is immers standaardjurisprudentie van het Hof, dat het discriminatieverbod uit eigen kracht, dat wil zeggen: zonder implementatiehandelingen, rechtstreeks kan werken. In de onderhavige zaak ging het echter om een kwestie die sterk lijkt op de problematiek van de samentelling van tijdvakken. Om in aanmerking te komen voor een Oostenrijkse vervroegd ouderdomspensioen moet een gerechtigde voorafgaande aan de aanvraag een bepaalde periode een Oostenrijkse werkloosheidsuitkering hebben genoten. *Öztürk* had echter uitsluitend een Duitse werkloosheidsuitkering gehad. Moesten de Oostenrijkse autoriteiten voor het voldoen aan de werkloosheidseis, rekening houden met periodes van werkloosheidsuitkeringen in Duitsland? In het arrest *Taflan-Met* had het Hof bepaald dat de bepalingen van het besluit 3/80 inzake de samentelling van tijdvakken niet rechtstreeks kunnen werken. In het onderhavige arrest komt het Hof echter tot de conclusie dat het vraagstuk met de samentelling van tijdvakken niets van doen heeft. Het gaat namelijk niet om tijdvakken van premiebetaling voor de ouderdomsverzekering, doch slechts om een eis van voorafgaande werkloosheid. Hierop zijn – aldus het Hof – de technische samentellingsregels niet van toepassing. Wél moet rekening

worden gehouden met het discriminatieverbod. Dit staat eraan in de weg dat uitsluitend Oostenrijkse periodes van werkloosheidsuitkering in ogenschouw worden genomen. Dat het vervroegd pensioen moet worden beschouwd als een beschermingsmaatregel die geënt is op de arbeidsmarktsituatie in Oostenrijk, kan daarbij niet als rechtvaardigingsgrond gelden.

Volgens het Hof is de vervroegde pensioenuitkering namelijk geen werkloosheidsuitkering, maar een ouderdomspensioen. Aldus was de cirkel rond en kon Öztürk uit de brand worden geholpen. Besluit 3/80 is dood, lange leve besluit 3/80!

HvJ EG 28 april 2004, zaak C-373/02 (Sakir Öztürk/Pensionversicherungsanstalt für Arbeiter, USZ 2004/203)

Grensoverschrijdende zorg

In de arresten *Kohll* en *Decker* werd de vergoeding van kosten voor grensoverschrijdende medische zorg verruimd in die zin dat het toestemmingsvereiste vooraf van kleine medische behandelingen in het buitenland afgewezen werd en de te ontvangen vergoeding de vergoeding moest zijn die in eigen land zou zijn ontvangen.^{16, 17} In de arresten *Peerbooms/Smits* en *Müller-Fauré* en *Van Riet* werd het onderscheid tussen intramurale en extramurale medische behandelingen gemaakt.^{18, 19} De toestemming voor intramurale behandelingen kan alleen geweigerd worden voor medische behandelingen in het buitenland waarvoor geen medische noodzaak bestaat en wanneer dezelfde behandeling tijdig kan worden uitgevoerd door een instelling waarmee het ziekenfonds een contract heeft afgesloten. Het Hof vond rechtvaardiging in het toestemmingsvereiste in die zin dat een lidstaat op zijn grondgebied in de gelegenheid moet worden gesteld een kwalitatief goede, evenwichtige en voor ieder toegankelijke intra- en extramurale zorgverlening en dus een hoog niveau van gezondheidsbescherming te garanderen. Ten aanzien van extramurale zorg mag toestemming niet geweigerd worden en ook daar dient vergoed te worden zoals in eigen land vergoed zou zijn.

In het nieuwe arrest *Leichtle* heeft de Hof zich gebogen over de vergoeding van aan medische kosten gelieerde kosten zoals die van het logies, de maaltijden, de reis, de kuurbelasting en de opstelling van een medisch eindrapport bij een behandeling in een kuuroord.²⁰ In deze zaak betreffende een Duitser in een kuuroord in Italië, wordt de jurisprudentie van *Decker/Kohll* verder uitgewerkt.

Ook hier is het Hof van oordeel dat het vrij verkeer van diensten zich verzet tegen het voorafgaande toestemmingsvereiste. Zij het dat de lidstaten een ‘a way out’ wordt geboden: een lidstaat is vrij een lijst van erkende kuuroorden bij te houden. Het wordt aan de nationale rechter overgelaten om te oordelen of een dergelijke lijst een objectief karakter heeft en niet tot gevolg heeft dat het verrichten van diensten tussen lidstaten moeilijker wordt dan het verrichten van diensten binnen de betrokken lidstaat. Het Hof gaat ervan uit dat de voorwaarde als doel heeft te verzekeren dat alleen kuuroorden die de noodzakelijk geachte zorg kunnen verlenen, opgenomen worden.²¹ Voorts benadrukt het Hof nogmaals dat de lidstaten zelf mogen bepalen hoever de ziektekostendekking van hun verzekerden gaat. De aan de medische behandeling gelieerde kosten komen niet voor hogere vergoedingen in aanmerking dan bij nationale kuuroorden. *Decker/Kohll* in optima forma.

Ook de CRvB volgt de uitgestippelde lijn van het Hof. Aan bod zijn gekomen in het afgelopen jaar het toestemmingsvereiste bij extra-murale zorg, de mate van vergoeden van kosten, het noodzakelijkheidsvereiste, de afbakening van het begrip intra-murale zorg en de uitwerking van ‘tijdige’ adequate behandeling ofwel wachttijden.

De CRvB heeft geoordeeld dat het toestemmingsvereiste voor een tandheelkundige behandeling in Duitsland niet tegengeworpen mag worden, aangezien het een extra-murale behandeling betreft. De kosten moeten vergoed worden voor zover het verstrekkingen zijn in

de zin van de Ziekenfondswet.²² Voorts heeft de CRvB ten aanzien van het vergoeden van een eigen bijdrage bij een intra-murale behandeling in een Belgisch ziekenhuis geoordeeld dat bij een behandeling in een andere lidstaat een vergoeding toegekend dient te worden als geldend in de lidstaat waar de betrokkene verzekerd is.²³ De mate van het vergoeden van kosten wordt op deze wijze beperkt tot de kosten die volgens nationaal recht zouden zijn vergoed (uitwerking *Decker/Kohll*). De CRvB heeft in een omgekeerde situatie - een Nederlander woonachtig en verzekerd in Spanje onderging zonder toestemming een medische behandeling in Nederland - geoordeeld dat aan het Spaanse orgaan toestemming had moeten worden gevraagd. Deze toestemming is geweigerd omdat de behandeling geen medische noodzaak had en ook in Spanje uitgevoerd had kunnen worden. Voorts heeft de Raad afgebakend wat verstaan moet worden onder een 'intra-murale' behandeling. De Raad is van oordeel dat eerst van een intra-murale behandeling gesproken kan worden bij behandelingen waarbij naar internationaal medische normen ten minste één overnachting in een ziekenhuis medisch gebruikelijk wordt geacht.²⁴ Wat de wachttijden betreft tenslotte heeft de CRvB het begrip 'tijdige behandeling' gedefinieerd.²⁵ De weigering van toestemming van een behandeling in het buitenland ondanks het bestaan van wachttijden voor zo'n behandeling in de eigen lidstaat, kan niet als een verboden belemmering van vrij verkeer van diensten worden beschouwd, zo lang het gaat om wachttijden die noodzakelijk worden geacht voor planning van de gezondheidszorg welke beoogt een toereikende en permanente toegang te garanderen tot een evenwichtig aanbod van kwaliteitszorg. En verder dat naarmate bestaande wachttijden langer zijn, er des te minder gronden bestaan om een rechtvaardiging voor de belemmering van vrij verkeer van diensten aan te nemen. Indien een voor een goede planning en ter voorkoming van leegloop en verspilling benodigde wachttijd in betekenende mate wordt overschreden zal weigering van de gevraagde toestemming niet gerechtvaardigd worden geacht, zelfs indien op grond van de gezondheidstoestand en de overige antecedenten van de patiënt behandeling binnen afzienbare tijd niet noodzakelijk is²⁶.

Het Hof en de CRvB wegen hierbij belangen af. Het belang van de gezondheidszorg, die een zorg moet kunnen garanderen van hoog niveau tegenover het belang van de individuele patiënt, die niet de dupe mag worden van het stelsel. Inmiddels is de jurisprudentie *Decker/Kohll*, *Peerbooms/Smits* en *Müller-Fauré* en *Van Riet* rond de grensoverschrijdende zorg gecodificeerd in artikel 20 van de nieuwe Verordening (EG) 883/2004²⁷, een vereenvoudiging van Verordening (EG) 1408/71. Ook in het Nederlandse wetsvoorstel Zorgverzekeringswet wordt rekening gehouden met de jurisprudentie van het Hof. Volgens de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel is het mogelijk gemaakt dat hoewel een bepaalde vorm van zorg op grond van de zorgverzekering door een gecontracteerde zorgaanbieder moet worden verschaft, de verzekerde op het moment dat de behoefte aan die zorg zich voordoet de zorg van een niet gecontracteerde zorgaanbieder kan afnemen.²⁸ Artikel 13 verschaft de verzekerde in zo'n geval het recht de zorg 'tegen een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding' te kunnen betrekken. Daarbij mag geen onderscheid gemaakt worden tussen Nederlandse of buitenlandse zorgaanbieders. De zorgverzekeraar zal veelal geen volledige vergoeding willen verstrekken. De hier bedoelde verzekerde veroorzaakt immers voor zijn zorgverzekeraar extra kosten. Indien de zorg noodzakelijk is, mag vergoeding niet worden geweigerd. Volgens de Memorie van Toelichting mag in andere (niet noodzakelijke) gevallen de zorgverzekeraar de vergoeding echter niet zo vaststellen dat er een feitelijke hinderpaal ontstaat voor het in het buitenland betrekken van zorg. De nationale wetgever heeft binnen de door het Hof van Justitie uitgezette grenzen gelaveerd. De zorgverzekeraar wacht de moeilijke taak hier invulling aan te geven onder het toezicht van het Hof...

HvJ 18 maart 2004, zaak C-8/02 (Leichtle/Bundesanstalt für Arbeit, RSV 2004/222)

CRvB 18 juni 2004, 97/8115 ZFW

CRvB 18 juni 2004, 02/1641 ZFW

CRvB 18 juni 2004, 97/10642 ZFW

Verzekeringspositie post-actieve ambtenaar

De Hoge Raad heeft op het gebied van coördinatierecht geoordeeld in de zaak *Torres*, inzake een aanslag premies volksverzekeringen voor een in Nederland wonende Spaanse militaire reservist. Het betrof de interpretatie van artikel 13, lid 2, onder 2 Verordening 1408/71: 'Op ambtenaren is de wetgeving van toepassing van de lidstaat waaronder de dienst waarbij zij werkzaam zijn ressorteert.' De interpretatie van 'werkzaam als ambtenaar' werd door het Gerechtshof 's-Gravenhage anders ingevuld dan door de Hoge Raad.

Het Gerechtshof was van mening dat de militair in Nederland verzekeringsplichtig is. Voor het Hof was het aannemelijk dat de belanghebbende met zijn komst naar Nederland, zijn werkzaamheden als beroepsmilitair in Spanje definitief had beëindigd. De kans dat de persoon ooit weer zou worden opgeroepen om werkzaamheden te verrichten in Spanje was naar de mening van het Hof verwaarloosbaar. De omstandigheid dat het dienstverband in stand is gebleven en dat hij inmiddels was bevorderd naar een hogere rang deden hier niet aan af. Het Hof kwam verder tot de conclusie dat op grond van artikel 4 lid 4 (oud) Vo. 1408/71, bijzondere stelsels voor ambtenaren zijn uitgesloten van de werking van de verordening. De regels van de Verordening zouden dan niet kunnen voorkomen dat iemand in Nederland verzekerd wordt. Wel zouden dan niet alle premies geheven mogen worden, alleen de premies voor de risico's die niet door een buitenlands stelsel gedekt zijn. Het Hof gaf verder de opdracht om bij het nemen van een nieuwe beslissing rekening te houden met een mogelijke vrijstelling op grond van artikel 15 van het KB 164.

De Hoge Raad oordeelde anders. Het was doorslaggevend dat de dienstbetrekking, evenals alle rechten op het gebied van sociale zekerheid, bleven bestaan. Dat de feitelijke werkzaamheden van de belanghebbende definitief waren beëindigd was niet relevant. De man moest beschouwd worden als ambtenaar. Het begrip 'werkzaam' verwijst volgens de Hoge Raad slechts naar de lidstaat en stelt geen eisen aan de feitelijke invulling van de werkzaamheden. De Advocaat-Generaal J.A.C.A. Overgaauw kwam eveneens tot de conclusie dat de toets of een belanghebbende zijn of haar beroepswerkzaamheden definitief heeft gestaakt, pas aan de orde komt nadat het dienstverband is beëindigd. Hij adviseerde wel om hierover eerst een prejudiciële vraag aan het Europese Hof van Justitie te stellen. De kernvraag is of de heer Torres beschouwd kan worden als werkend of als post-actief persoon. Dit laatste zou tot gevolg hebben dat de aanwijfsregels van Titel II niet van toepassing zijn en dat hij verzekerd geacht kon worden in het woonland Nederland. Bij de invulling van het begrip 'werkzaam als ambtenaar' achtte de Hoge Raad het niet van belang dat de feitelijke werkzaamheden waren beëindigd, nu het dienstverband doorliep. De Hoge Raad heeft in haar uitleg van het begrip 'werkzaam zijn' uit artikel 13 lid 2 d, meer aandacht voor de vorm (dienstverband) dan de inhoud van de werkzaamheden.

HR 11 juli 2003, 36.869, RSV 2004/157

* Prof. dr. G.J. Vonk is hoofd van de afdeling Recht en Beleid van de Sociale verzekeringsbank. Mevr. mr. drs. M. van Everdingen en mevr. mr. drs. M. Ydema-Gutjahr zijn juridisch adviseur bij de afdeling Recht en Beleid van de Sociale verzekeringsbank.

¹ EHRM 16 september 1996, zaak 39/1995/545/631 (*Gaygusuz*, AB 1997/179 en RSV 1997/234).

² Bijna een maand later heeft de CRvB in twee gelijksoortige zaken uitspraak gedaan, zie CRvB 15 juli 2004 00/5667 WAO en CRvB 15 juli 2004, 00/5668 WAO.

³ CRvB 24 januari 2001, RSV 2001/138; CRvB 4 april 2003, USZ 2003/169 ; CRvB 13 juni 2003, RSV 2003/275.

⁴ F.J.L. Pennings, *De betekenis van internationale normen voor de Nederlandse sociale zekerheid* (Oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 2004.

⁵ Mensenrechtencomité 9 april 1987, nr. 180/1984 (*Danning*, RSV 1988/201); Mensenrechtencomité 3 juli 1996, nr. 602/1994 (*Hoofdman*).

-
- ⁶ Stcrt. 30 augustus 2004, nr. 165, p. 12.
- ⁷ CRvB 5 september 2001, *USZ* 2001/271.
- ⁸ EHRM 4 maart 2003, nr. 39050/97 (Jantner).
- ⁹ SVB Beleidsregels 2004, p. 262.
- ¹⁰ SVB Beleidsregels 2004, p. 52.
- ¹¹ S.F.M. Wortmann, “Kroniek van het personen- en familierecht”, *NJB* 2004, p. 1653-1659.
- ¹² EHRM 3 oktober 2000, nr. 28369/95 (Camp en Bourimi, *AB* 2000/485).
- ¹³ EHRM 11 juli 2002, nr. 28957/95 (Goodwin).
- ¹⁴ HvJ EG 1 oktober 1992, zaak C-201/91, Jur. 1992, p. I-5009, pnt.16 (Grisvard en Kreitz).
- ¹⁵ HvJ EG 10 september 1996, zaak C-277/92, Jur. 1996, p. I-4085 (Taflan/Met, S. Altun-Baser, E. Andal-Bugdayci/Bestuur van de SVB en O. Akol tegen Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging, *RSV* 1997/79).
- ¹⁶ HvJ EG 28 april 1998, zaak C-158/96, Jur. 1998, p. I- 1931 (Kohll, *NJ* 1999/191).
- ¹⁷ HvJ EG 28 april 1998, zaak C-120/95, Jur. 1998, I-1831 (Decker, *NJ* 1999/191).
- ¹⁸ HvJ EG 12 juni 2001, zaak C-157/99, Jur. 2001, p. I-5473 (Peerbooms/Smits, *USZ* 2002/216).
- ¹⁹ HvJ EG 13 mei 2003, zaak C-385/99, Jur. 2003, p. I-04509 (V.G. Müller-Fauré en Van Riet, *USZ* 2003/190).
- ²⁰ HvJ 18 maart 2004, zaak C-8/02, Jur. (Leichtle/Bundesanstalt für Arbeit, *RSV* 2004/222).
- ²¹ r.o. 49.
- ²² CRvB 18 juni 2004, 97/8115 ZFW.
- ²³ CRvB 18 juni 2004, 02/1641 ZFW.
- ²⁴ CRvB 18 juni 2004, 97/10642 ZFW.
- ²⁵ CRvB 18 juni 2004, 02/1641 ZFW.
- ²⁶ CRvB 18 juni 2004, 97/10642 ZFW.
- ²⁷ Verordening (EG) 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, Pb. L 166/123. De nieuwe Verordening is inwerking getreden per 20 mei 2004, maar is eerst van toepassing met ingang van de inwerkingtreding van de toepassingsverordening
- ²⁸ Kamerstukken II 2003/04, 29 763, nr.3, p. 109.